

Il licenziamento del somministratore va impugnato nei confronti dell'utilizzatore

di Carmine Santoro - funzionario del Ministero del lavoro¹, dottore di ricerca e docente di diritto sanzionatorio presso l'Università di Bergamo

La Suprema Corte ha stabilito, con [sentenza n. 17969/2016](#), che nei casi di costituzione di un rapporto di lavoro direttamente in capo all'utilizzatore, ai sensi dell'[articolo 27](#), comma 1, D.Lgs. 276/2003, gli atti di gestione del rapporto posti in essere dal somministratore producono nei confronti dell'utilizzatore tutti gli effetti negoziali, anche modificativi del rapporto di lavoro, loro propri, ivi incluso il licenziamento, con conseguente onere del lavoratore di impugnare il licenziamento nei confronti di quest'ultimo ai sensi della L. 604/1966, [articolo 6](#). Tale assunto deriva dall'interpretazione dell'articolo 27, comma 2, D.Lgs. 276/2003, laddove prevede che "Tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione".

L'imputazione legale degli atti di gestione del rapporto all'utilizzatore

La Cassazione crea un nuovo precedente in tema di somministrazione illecita di lavoro, esprimendosi sul tema dell'imputazione degli atti gestori del rapporto lavorativo, disciplinata dall'[articolo 27](#), D.Lgs. 276/2003, vigente all'epoca dei fatti². Tale disposizione, ora non più in vigore per effetto del D.Lgs. 81/2015 (v. *infra*), stabiliva che, nei vari casi di somministrazione irregolare o illecita, il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'[articolo 414](#), c.p.c., la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione. Il comma 2 della norma prevedeva che nelle ipotesi di somministrazione illecita tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. E inoltre che

¹ Le presenti considerazioni sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non sono riconducibili all'Amministrazione di appartenenza.

² Sulle figure patologiche di somministrazione e appalto, e relativi riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare al recente C. Santoro, *Appalto e somministrazione di lavoro: la nuova disciplina sanzionatoria*, in "Il giurista del lavoro" n.8-9/2016, pagg. 9 ss..

“Tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione”.

Quest’ultimo è il precetto applicato dalla Cassazione nella sentenza in commento.

Dunque, la legge, nello stabilire le conseguenze della somministrazione irregolare e dell’appalto illecito, ha previsto la facoltà per il solo lavoratore di chiedere, [ex articolo 414](#), c.p.c., la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell’utilizzatore.

Tale previsione normativa è parsa introdurre un’ipotesi non di nullità, bensì di annullabilità del contratto di lavoro con il somministratore abusivo, con conseguente legittimazione del solo lavoratore interessato a far valere l’invalidità.

E, in effetti, il significato della disposizione, nella sua lettura *a contrario*, può essere inteso nel senso che, ove il lavoratore non si attivi in sede giudiziale, il rapporto di lavoro rimanga in capo al somministratore (abusivo). Inoltre, la menzionata imputazione legale al soggetto che ha effettivamente utilizzato le prestazioni lavorative degli atti compiuti dal somministratore nella costituzione e nella gestione del rapporto ([articolo 27](#), comma 2, D.Lgs. 276/2003) sembra escludere la sanzione della nullità del rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore; altrimenti ragionando, non si spiegherebbe come mai gli atti di gestione compiuti dal primo valgano in capo all’utilizzatore e non sono del tutto inefficaci, come dovrebbe essere ove si trattasse di radicale invalidità del medesimo rapporto³.

Peraltro, la riforma dei contratti di lavoro, operata con il D.Lgs. 81/2015, non ha colto l’occasione per dirimere i dubbi in proposito, giacché [l’articolo 38](#) si limita, nella sostanza, a reiterare le disposizioni previgenti di cui all’articolo 27, D.Lgs. 276/2003. Nonostante tali incertezze, l’attuale giurisprudenza ha assunto un orientamento che riproduce sostanzialmente, anche nella vigenza del D.Lgs. 276/2003, la situazione normativa dell’abrogato sistema della L. 1369/1960⁴.

Tale assunto può essere ricompreso nel principio di effettività dei rapporti lavorativi, tradizionalmente ritenuto uno dei fondamenti dell’ordinamento lavoristico, secondo cui – tranne i casi espressamente

³ In senso contrario, P. Capurso, *I servizi ispettivi del lavoro alla ricerca della interposizione illecita perduta*, ADAPT Working Paper n. 57/2008, il quale sostiene la nullità del contratto di appalto di mere prestazioni di lavoro per illiceità della causa.

⁴ Cass., n. 22894/2011, la quale ha statuito che: *“Al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge (od elaborate in via giurisprudenziale, come nel caso di distacco all’interno del rapporto di lavoro privato) e anche a prescindere dall’articolo 1, L. 1369/1960, già soltanto ex articolo 2094, c.c. non è consentito separare la titolarità ex parte datoris del rapporto di lavoro dal soggetto che in concreto ha utilizzato e diretto la prestazione del lavoratore”.*

previsti dalla legge, quali la somministrazione e il distacco – non è ammissibile una dissociazione tra datore di lavoro e utilizzatore effettivo delle prestazioni lavorative⁵.

Dunque, secondo questo orientamento della Suprema Corte, ove non si rientri in una delle ipotesi di dissociazione della figura del datore di lavoro consentite dalla legge, anche nell'attuale sistema i soggetti datore di lavoro e utilizzatore delle prestazioni devono coincidere, in forza direttamente dell'[articolo 2094](#), cod. civ., a tutt'oggi la norma cardine in tema di definizione della fattispecie della subordinazione⁶.

La pronuncia che a breve si esaminerà sembra rientrare in tale filone ermeneutico.

La pronuncia

In fatto, un lavoratore aveva adito il Tribunale per fare accertare la natura subordinata del rapporto di lavoro intercorso con un'azienda utilizzatrice delle proprie prestazioni, l'illegittimità dell'allontanamento dal servizio a seguito del recesso comunicatogli dalla società cooperativa somministratrice, e per ottenere la condanna delle due società al pagamento di differenze retributive, alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento delle retribuzioni maturate dal licenziamento all'effettiva reintegrazione. Il prestatore deduceva di avere lavorato per l'utilizzatore in virtù di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa sottoscritto con il somministratore.

Il Tribunale di primo grado, accertata la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra il prestatore e l'utilizzatore, aveva condannato quest'ultimo al pagamento di differenze retributive, aveva dichiarato l'illegittimità del licenziamento intimato dalla cooperativa e aveva pronunciato nei confronti di quest'ultima i provvedimenti restitutori economici e reali previsti dalla L. 300/1970, [articolo 18](#).

La Corte d'Appello ha confermato la statuizione di primo grado, che aveva dichiarato la decadenza del lavoratore dal diritto di impugnare il licenziamento nei confronti dell'utilizzatore.

Il giudice di secondo grado, ritenendo inapplicabili i principi elaborati con riguardo alla L. 1369/1960 e, ricondotta la vicenda dedotta in giudizio al D.Lgs. 276/2003, [articolo 27](#), ha concluso che il comma 2 di questa disposizione, nel riferire all'utilizzatore tutti gli atti compiuti dal somministratore per la

⁵ Si veda C. Garofalo, *Intermediazione e interposizione di manodopera: l'esclusione della responsabilità dell'interposto*, in LG, n. 10/2015, pag. 943.

⁶ Tale orientamento è stato sostanzialmente confermato dalla giurisprudenza successiva: cfr. Cass. n. 2957/2015, in LG, n. 10/2015, pagg. 939 ss., con nota di C. Garofalo, *op. cit.* pagg. 941 e ss., la quale ritiene l'assunto della S.C., che riprende il contenuto della sentenza SS.UU. n. 22910/2006, non in linea con le disposizioni del D.Lgs. 276/2003. Da queste ultime non sarebbe più possibile sostenere la tesi della nullità del contratto di lavoro precedentemente concluso tra il lavoratore e l'interposto, poiché è ora necessaria una sentenza costitutiva del giudice di accoglimento della domanda del lavoratore di costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore, secondo l'articolo 27, D.Lgs. 276/2003, il cui disposto è stato confermato dall'articolo 38, D.Lgs. 81/2015. Nello stesso senso R. Del Punta, *Divieto di interposizione e responsabilità dell'interposto*, in DRI, n. 2/2007, pag. 506.

costituzione o la gestione del rapporto, imponeva al lavoratore di impugnare il licenziamento intimato dalla società cooperativa anche nei confronti del datore di lavoro che ne aveva effettivamente utilizzato le prestazioni; a tale impugnazione il prestatore non aveva provveduto.

In diritto, il responso della Suprema Corte, sollecitato dal lavoratore, può sintetizzarsi nei termini che seguono.

I giudici richiamano, anzitutto, il testo dell'[articolo 27](#), D.Lgs. 276/2003, osservando che la disposizione rievoca, al comma 1, il vecchio meccanismo sanzionatorio della L. 1369/1960, in quanto prevede che il lavoratore ha facoltà di chiedere, ai sensi dell'[articolo 414](#), c.p.c., "la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze" del soggetto "che ne ha utilizzato la prestazione ... con effetto dall'inizio della prestazione". Tuttavia, secondo la Cassazione per il resto detta disposizione si differenzia notevolmente dal pregresso regime. Stabilendo, infatti, in maniera espressa che

"tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o per la gestione del rapporto, si intendono compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione",

sancisce che l'utilizzatore subentra nei rapporti così come costituiti e poi gestiti dal somministratore. La Cassazione, pertanto, ritiene che il rapporto di lavoro sia ricondotto all'utilizzatore negli stessi termini in cui era stato voluto, costituito e poi gestito dal somministratore. Ne discende, secondo i giudici di legittimità, che gli atti di gestione del rapporto producono, per espressa volontà del Legislatore, tutti gli effetti negoziali anche modificativi del rapporto di lavoro, ivi incluso il licenziamento.

La conseguenza che la Cassazione ricava da tali notazioni, per il caso concreto, è che il licenziamento, anche se intimato dal somministratore, dovrà essere impugnato nei confronti dell'utilizzatore nei 60 giorni successivi alla sua comunicazione, pena l'ordinaria decadenza dell'azione di annullamento. Sulla scorta delle considerazioni svolte, la Corte enuncia il seguente principio di diritto:

"Nei casi di costituzione d'un rapporto di lavoro direttamente in capo all'utilizzatore, ai sensi del D.Lgs. 276/2003, articolo 27, comma 1, gli atti di gestione del rapporto posti in essere dal somministratore producono nei confronti dell'utilizzatore tutti gli effetti negoziali anche modificativi del rapporto di lavoro, loro propri, ivi incluso il licenziamento, con conseguente onere del lavoratore di impugnare il licenziamento nei confronti di quest'ultimo ai sensi della L. 604/1966, articolo 6."

Dunque, anche secondo l'odierno pronunciamento della Suprema Corte, in aderenza al pregresso orientamento di legittimità, nelle ipotesi di somministrazione illecita o abusiva, il reale e unico datore di lavoro, in applicazione dell'[articolo 2094](#), cod. civ., è l'utilizzatore.

Inoltre, dal momento che tutti gli atti di pagamento e di gestione del rapporto eventualmente compiuti dal (pseudo)somministratore, nelle dette ipotesi, sono *ex lege* imputati direttamente all'utilizzatore, è a quest'ultimo che il lavoratore deve rivolgere le sue lagnanze. Ciò riguarda gli atti di recesso illegittimi, come nel caso di specie, ma anche altri atti lesivi della sfera del prestatore, quali ad esempio i mancati o insufficienti pagamenti retributivi, i demansionamenti, le violazioni sui limiti dell'orario di lavoro e così via.

Peraltro, se questo orientamento chiarisce le modalità e i limiti dell'azione del lavoratore illecitamente somministrato, lascia però irrisolta la questione della posizione dei terzi interessati, *in primis* degli Enti previdenziali, in merito alle azioni-giurisdizionali e ispettive – che questi possono esperire nei casi di somministrazione illecita. Invero, nonostante stia prevalendo l'orientamento favorevole all'intervento dell'Inps nelle vicende patologiche del lavoro "esternalizzato" in ragione del principio di autonomia del rapporto previdenziale⁷, la recente conferma, ad opera del D.Lgs. 81/2015, delle disposizioni applicate dalla Cassazione non consente di ritenere risolte le criticità segnalate.

⁷ Si rinvia in merito a P. Capurso, *op. cit.*, nonché da ultimo a A. Sitzia, C. Cordella, *I fenomeni di esternalizzazione e l'apparato sanzionatorio/dissuasivo*, in M. Brollo, C. Cester, L. Menghini (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, 2016, Eut edizioni università di Trieste, pagg. 373 ss. e bibliografia ivi richiamata.